



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ISABELLE ANDRADE MARTH SANTOS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA DISPOSIÇÃO DE GÊNERO E SEXO: E
SUAS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES JURÍDICO AFETIVAS**

BRASÍLIA
2017

ISABELLE ANDRADE MARTH SANTOS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA DISPOSIÇÃO DE GÊNERO E SEXO: E
SUAS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES JURÍDICO AFETIVAS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Danilo Porfírio de
Castro Vieira

**BRASÍLIA
2017**

ISABELLE ANDRADE MARTH SANTOS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA DISPOSIÇÃO DE GÊNERO E SEXO: E
SUAS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES JURÍDICO AFETIVAS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Danilo Porfírio de
Castro Vieira.

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Orientador. MSc. Danilo Porfírio de Castro Vieira

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

DEDICATÓRIA

Agradeço, primeiramente, a Deus, que nunca permitiu que eu viesse a desistir independentemente das adversidades, por me dar forças para vencer mais este desafio e por ter parte na realização de meus sonhos.

*A minha mãe (**in memoriam**) por sempre ter acreditado no meu potencial, ainda que eu mesma não acreditasse, por ter sonhado junto comigo e por todos os ensinamentos deixados.*

A toda minha família, meu namorado e meus amigos, pelo amor, compreensão, suporte e confiança dedicados.

Ao meu chefe do Setor de Benefícios da Câmara Legislativa do Distrito Federal, onde tivemos longos e esclarecedores debates sobre o tema.

Ao meu orientador, Professor Danilo Porfírio Vieira Castro, por depositar crédito e confiança na minha pessoa como orientanda, bem como pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

“Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.

E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.

E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria.

O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece.

Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal;

Não folga com a injustiça, mas folga com a verdade;

Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.

O amor nunca falha; mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá;

Porque, em parte, conhecemos, e em parte profetizamos;

Mas, quando vier o que é perfeito, então o que o é em parte será aniquilado.

Quando eu era menino, falava como menino, sentia como menino, discorria como menino, mas, logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino.

Porque agora vemos por espelho em enigma, mas então veremos face a face; agora conheço em parte, mas então conhecerei como também sou conhecido.

Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três, mas o maior destes é o amor. ”

(1 Coríntios 13:1-13)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da aplicação do princípio da razoabilidade e da boa-fé nas relações afetivas tendo em vista o direito ao esquecimento resguardado pelo Direito. Em um primeiro momento será conceituado o Direito ao esquecimento e seus fundamentos, com base doutrinária e constitucional. Demonstrando a sua importância não só nas relações jurídico afetivas como também na vida pessoal dos indivíduos, além de sua existência em outros países. Será explanado o que é princípio para a doutrina, qual sua natureza e quais são seus limites. O princípio da boa-fé e suas espécies sendo a objetiva e subjetiva, bem como o princípio da confiança como manifestação da boa-fé. Posteriormente será feita a análise previamente dita acerca do direito e dos princípios, qual sua hierarquia se esta existir, quais os limites e poder impostos a cada um. E, por fim, serão observado dois casos que remete ao tema abordado.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direito das personalidades. Direito na disposição do gênero e sexo. Princípio da Boa-fé. Princípio da razoabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 FUNDAMENTOS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO	10
1.1 Abordagem Constitucional	12
1.2 Direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana	14
1.3 Direito Comparado	21
1.3.1 Casos	23
2 AUTONOMIA E TUTELA NA DISPOSIÇÃO DO GÊNERO E SEXO	26
2.1 Do direito ao próprio corpo	26
2.2 Das mudanças e alterações corporais correlatas ao sexo e gênero	27
2.3 Conceitos de Transexualidade e Transgeneridade	32
3 RELACIONAMENTOS AFETIVOS COM TRANSGÊNEROS E O	36
TENSIONAMENTO JURÍDICO ENTRE O ESQUECIMENTO E A BOA-FÉ	36
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento nada mais é do que uma garantia da proteção da vida privada de um sujeito, resguardando assim os direitos da personalidade abordados na Constituição Federal de 1988. O direito ao esquecimento traz a possibilidade ou ainda que seja o questionamento acerca da necessidade de conviver com erros e decisões passadas, ou deixar que algo permaneça exposto a todos de forma eterna, ainda que já não exista, já tenha mudado ou cumprido sua pena.

De uma forma geral, o direito ao esquecimento está ligado aos direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana se contrapondo até que ponto este direito é viável e aceito. Neste trabalho será abordado não só o direito ao esquecimento com suas origens e fundamentos, mas a relação deste com a mudança de sexo ou gênero dos indivíduos, também como essa mudança ocorre e os impactos na vida civil destes indivíduos com exemplos de jurisprudências atuais.

Este trabalho busca contrapor o direito ao esquecimento face ao princípio da boa-fé, mostrando suas extensões e limites de coerência. Portanto, buscou-se reunir informações com o intuito de responder ao seguinte problema: O direito ao esquecimento tem viés definitivo e ilimitado ou se sujeita ao princípio da boa-fé quando referente a questões afetivas?

O objetivo deste é conceituar o direito ao esquecimento, alguns direitos da personalidade, mostrar como funciona a cirurgia da mudança de sexo, diferenciar termos como transexuais, transgêneros e homossexuais, bem como também trazer o conceito do princípio da boa-fé, objetiva e subjetiva, do princípio da confiança e responder a pergunta problema acerca dos limites de direitos e princípios.

Diante das diversas notícias de agressões ocorridas no último ano movidas por preconceito, 343 mortes no Brasil por preconceito LGBT no ano de 2016, o ano mais violento para essas categorias desde 1970, quando começaram a calcular as estatísticas.¹ Nota-se a necessidade de se debater sobre o tema, a fim de trazer mais informação e integração e menos preconceito, trazendo assim uma sociedade

¹ GAUTHIER, Jorge. Número de mortes de LGBTs bate recorde em 2016 no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/blogs/mesalte/numero-de-mortes-de-lgbts-bate-recorde-em-2016-bahia-teve-32-homicidios/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

mais justa e passível de um convívio saudável em meio as diferenças de opções sexuais ou de gênero.

O sufixo *fobia*, vindo do grego, significa aversão irreprimível e a homofobia ou transfobia tem fases que começaria com brincadeiras e piadas, podendo ir à xingamentos ou insultos e, por fim, à agressão que pode até levar à morte. É importante debater sobre o tema e mostrar o lado das pessoas transgêneros ou transexuais. Também é de extrema importância abordar acerca dos direitos e buscar a igualdade dessas pessoas perante a sociedade e perante o mundo jurídico. Isto porque diante do espaço que estas categorias vêm aumentando, e o direito acabou por não acompanhar essa minoria. De modo que exista a falta de regulamentação desses direitos, de políticas públicas e espaço destinado a eles.

Essa realidade acaba por expor, ainda que de forma discreta, um preconceito arcaico arraigado e predominante no direito brasileiro. Além da necessidade da criação ou modificação de determinados artigos, para que exista uma integração e se possa notar que estes indivíduos têm seu espaço reservado.

Ainda que exista já alguns pequenos avanços, como a existência do Decreto Estadual nº 55.588/10 que em respeito à dignidade da pessoa humana, determina a possibilidade da escolha do tratamento nominal que transexuais e travestis desejam receber nos órgãos públicos. Não existe nenhuma lei ou texto legal que visa proteger o cidadão transexual e a trazer punições para agressões físicas e psicológicas que estes venham a sofrer, como acontece com os negros com relação ao racismo. E essa novação no direito deve ser buscada para que ocorra a repressão de determinados atos e a coibição destes.

Bom, para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas que foram baseadas em publicações científicas por meio de livros e eletrônico do tema. O trabalho encontra-se dividido em três capítulos, o primeiro diz respeito aos fundamentos sobre o direito ao esquecimento, trazendo uma abordagem constitucional, conceituando e esclarecendo acerca dos direitos da personalidade, que são aqueles que visam garantir um controle próprio das pessoas com relação a seu corpo, imagem e nome, e o princípio da dignidade da pessoa humana que nada mais é do que o princípio responsável pelo respeito e consideração para com qualquer cidadão de modo que a este seja assegurado condições mínimas

de existência além de proteger a honra. Além disso, este capítulo traz um direito comparado acerca do tema e alguns casos específico.

O segundo capítulo trata da autonomia e tutela na disposição do gênero e sexo, este busca comprovar a existência de um direito que cada indivíduo tem acerca do seu próprio corpo, não só de resguardar a integridade física e mental, nem de mínimas intervenções cirúrgicas e muitas vezes não necessárias, mas que cada pessoa tem o direito para decidir acerca de mudanças e alterações corporais inerentes ao sexo ou gênero. Neste capítulo ainda se pode entender os conceitos de Transexualidade e Transgeneridade, a fim de mostrar como se deve tratar indivíduos que se inserem na sociedade de modo diverso do natural. De moda breve e concisa, o transexual sente a necessidade de mudar sua forma física, bem como seu órgão sexual de modo que possa trazer uma satisfação pessoal pois este acredita pertencer ao sexo contrário, e o transgênero apesar de se sentir da mesma forma com relação ao seu sexo, este não tem horror a sua genitália.

O terceiro capítulo trata dos relacionamentos afetivos com transgêneros e o tensionamento jurídico entre direito ao esquecimento e a boa-fé, de modo que se possa compreender o que é o princípio propriamente dito, o princípio da boa-fé e suas espécies sendo a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva, suas ramificações como princípio da confiança e lealdade e o porquê de este princípio ser regente de todas as relações jurídicas e pessoais.

Este capítulo busca demonstrar e resolver a situação-problema do trabalho, responder perguntas, esclarecer sobre o tema e sanar dúvidas comuns que vem à mente das pessoas quando se trata do tema em referência. Bem como traz uma breve explicação do casamento putativo e se este seria cabido diante de um casamento com um transexual, na hipótese de este ser possível.

1 FUNDAMENTOS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Uma das formas de proteção à privacidade é o Direito da Personalidade, que de uma forma geral, denota imensa importância devido aos acontecimentos e sentimentos deixados após a segunda guerra mundial, pois este direito então trata o ser humano em sua individualidade, devendo esta ser protegida.

Convém acentuar que os direitos inerentes à Personalidades se encontram dentro do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. Afinal, a Constituição Federal² permitiu a abordagem destes direitos, e pode-se dizer que esta manifestação da Carta Magna não é traço único, pois houve elaboração das Constituições em diferentes Estados que possuíam esta mesma abordagem.

Uma vez que as barbáries cometidas durante o Nazismo e a segunda guerra mundial causaram a destruição em massa de vidas humanas, decretou assim que ainda diante de toda Ciência Jurídica, todo conhecimento e racionalidade que são titulados ao homem, é possível notar toda inumanidade, falta de limite e compaixão. É possível perceber como o ódio e o desejo pelo poder cega o homem.

O Direito ao esquecimento já é debatido na doutrina há algum tempo, no entanto, a partir do Enunciado 531³ entrou na pauta jurisdicional, uma vez elencado como um dos direitos da personalidade dizendo:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (Superior Tribunal de Justiça, 2013).

A questão proporciona um questionamento se é necessário ou ainda razoável conviver para sempre com erros pretéritos. E ainda que venha a ser um direito pessoal de não permitir que fato passado, ainda que verdadeiro, seja exposto

² PAZ, José Evandro Martins. *Fundamentos Jurídicos do Direito ao Esquecimento*. UFRS: Porto Alegre, 2014. Disponível em: <file:///D:/andamento%20mono/fundamentos.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-dainformacao>>. Acesso em: 29 set. 2016

ao público. O tema, em tese, ainda não fala de regras, mas de debates e ponderações principiológicas que vão depender da análise do caso concreto. Há ainda um segundo Enunciado⁴ que trata do tema:

ENUNCIADO 576 – O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória. Justificativa: Recentemente, o STF entendeu ser inexigível o assentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ADIn 4815), asseverando que os excessos devem ser coibidos repressivamente (por meio do direito de resposta, de uma indenização por danos morais ou pela responsabilização criminal por delito contra a honra). Com isso, o STF negou o direito ao esquecimento (este reconhecido no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil) quando em confronto com a liberdade de publicar biografias, mas sem eliminar a possibilidade de seu reconhecimento em outros casos concretos. É hora, pois, de reafirmar a existência do direito ao esquecimento. Esta é a posição conciliadora de Gustavo Tepedino (Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do CO, Organizações Globo, 15.06.2012, p. 25), ao afirmar que o direito ao esquecimento cede espaço ao interesse público inerente à publicação de biografias. Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a restitutio in integrum. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o status quo. Como afirma Marinoni, é dever do juiz encontrar, dentro de uma moldura, a técnica processual idônea à proteção do direito material, de modo a assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). Disso se conclui que não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente.

O Direito ao Esquecimento acha-se inserido na disciplina dos Direitos da Personalidade, que são direitos cuja finalidade seja preservar a dignidade pessoal, sendo considerados direitos essenciais⁵.

O que se confirma na visão do italiano Adriano De Cupis, a designação direitos da personalidade:

“[...] é reservada àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses

⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 576*. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

os chamados 'direitos essenciais', com os quais se identificam, precisamente os direitos da personalidade."⁶

Portanto, tanto o Direito ao Esquecimento quanto os Direitos da Personalidade possuem a mesma base visto que um se encontra inserido no rol das espécies do outro, especificamente, no Direito à Privacidade que por sua vez busca preservar determinadas informações a respeito de alguém como, por exemplo, erros passados ou imperfeições, podendo acontecer também por receio de incompreensão ou por traumas.

1.1 Abordagem Constitucional

Diante disso, viu-se necessário inserir nos textos constitucionais algo que trouxesse a valorização do ser humano, para que tais atrocidades não pudessem mais ocorrer independentemente dos argumentos que possam ser utilizados.

Inicialmente, cumpre fazer uma análise cronológica de como as Constituições trataram dos direitos fundamentais.⁷ A Constituição de 1824 não havia criado instrumentos adequados para a defesa dos direitos fundamentais, pois os direitos políticos dos cidadãos eram de acordo com suas rendas e status social. Com o fim da monarquia, em 1889, e a proclamação da República que foi um divisor de águas para o constitucionalismo brasileiro, trazendo novas constituições baseadas nas norte-americanas.

A Constituição de 1891 trouxe além da divisão dos poderes, um rol exemplificativo de direitos e garantias não só ao brasileiro, mas também ao estrangeiro. Esta diferencialmente da anterior trouxe a primeira previsão expressa acerca da garantia do Habeas Corpus, e também da aposentadoria por invalidez, porém nada muito gritante acerca dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1934 já foi considerada mais avançada, trazendo novos direitos sociais, econômicos e culturais bem como explicitou acerca do direito

⁶ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

⁷ GROFF, Paulo Vargas de. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 178, p. 105-129, 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 29 set. 2016.

de igualdade, inclusive para votos entre homens e mulheres, e nos trouxe a garantia de direitos certos.

Já em 1937, com o golpe de estado e a instituição do “Estado Novo” os direitos fundamentais ficaram completamente sem garantia, afinal a Carta ditatorial existente era uma “fraude” política que dava amplos poderes ao Getúlio Vargas e, ditadura e direitos fundamentais não é algo politicamente compatível.

Após o Estado Novo, a Constituição de 1946 veio espelhada na de 1934, com relação aos direitos fundamentais. No entanto, em 1967 mais ou vez tivemos nossos direitos fundamentais mais uma vez sem garantia, pois, desde as primeiras horas do Golpe Militar já se podia ver tais direitos afetados.

O ano de 1968 foi marcado pela forte repressão proporcionada pelo regime militar, e a “Constituição” de 1969 que em tese manteve a de 1967, teve algumas mudanças em relação ao poder e aos direitos individuais com a introdução do AI – 5.

O período de 1978 a 1985 considerado pela “abertura democrática” trouxe de volta o multipartidarismo.

Em 1988 houve a elaboração de uma nova Constituição, a atual, e agora democrática, colocando no centro os direitos fundamentais e os princípios fundamentais. Direitos de primeira, segunda e terceira geração, classificação baseada da ordem cronológica de nível constitucional anteriormente tratada. Os direitos de primeira geração são garantias individuais, civis e políticas tratadas nas Constituições de 1824 e 1891, os de segunda geração são os direitos econômicos, culturais e sociais que foram tratados até a Constituição de 1969 e os de terceira geração são os de fraternidade ou solidariedade que são tratados em nossa Constituição.⁸

Na Constituição o Título sobre os Direitos e Garantias tem cinco capítulos, sendo o primeiro a respeito dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

⁸ GROFF, Paulo Vargas de. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 178, p. 105-129, 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 29 set. 2016.

correspondentes aos direitos de primeira geração. Onde são tratadas das liberdades negativas dos indivíduos.

O segundo capítulo versa sobre os Direitos Sociais, direitos de segunda geração, tratando basicamente das liberdades positivas do povo. O terceiro capítulo trata da Nacionalidade que está dentro dos direitos de primeira geração, pois são direitos políticos.

O quarto e o quinto capítulo também se encontram nos direitos de primeira geração por abordar acerca dos Partidos políticos e dos Direitos Políticos propriamente ditos. A Constituição atribuiu aos direitos individuais o status de cláusulas pétreas, sendo um marco visto que foi a primeira vez que algum direito fundamental foi caracterizado desta forma numa Constituição brasileira.

A Constituição Federal de 1988, ao elevar o direito da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental, num sentido amplo, reconheceu os direitos da personalidade.

1.2 Direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana

Com a Constituição de 1988, se viu necessário um reajuste do Código Civil no âmbito dos direitos da personalidade então em 2002 houve essa especificação referente a tais direitos, porém ainda de modo restrito e rustico. Pois, ao invés de algo novo, o Congresso Nacional fez do novo código civil uma recuperação de um projeto de codificação criado na época em que a ditadura militar ainda perdurava no Brasil.

É fácil notar quando se parar para observar a ausência de certas coisas como o Código de Proteção e Defesa do consumidor de 1990 no referido código, bem como a disparidade da norma com a atualidade. Ainda apontou SCHREIBER⁹:

“O Código Civil de 2002 trouxe inovações importantes como a consagração da boa-fé objetiva (arts.113,187 e 422), a introdução em nosso ordenamento da função social do contrato (art.421) e a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil objetiva (arts.927, parágrafo único,933,936). Além desses avanços, há um em especial que nos interessa: o Código Civil de 2002 dedicou um inteiro capítulo aos direitos da personalidade.”

⁹ SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 11

Os direitos da personalidade são direitos que visam garantir o controle próprio do indivíduo a respeito de seu corpo, imagem e nome. Segundo Serpa Lopes¹⁰, são atributos inatos ao indivíduo. Verdadeiras projeções biopsíquicas integrativas da Pessoa Humana que se constituem em bens jurídicos assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante.

Os direitos da personalidade recebem uma vasta variação de denominações dentro da doutrina brasileira como além do mencionado, direitos de personalidade, direitos essenciais, fundamentais, personalíssimos, individuais entre outros.

O termo personalidade provém do latim *personalitate* e significa qualidade pessoal. Caráter essencial e exclusivo de uma pessoa. E “Opõe-se à acepção de generalidade e expressa a singularidade, a independência, a vida autônoma do ente¹¹. ”

Segundo o Dicionário Técnico Jurídico¹² personalidade no sentido jurídico, “É a aptidão que tem todo homem, por força da lei, de exercer direitos e contrair obrigações. ”

Na definição de direitos da personalidade de Silvio Rodrigues¹³:

“[...] Que são inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física, ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra”.

Os direitos da personalidade são tidos como dom inato, uma vez que só se faz necessário o nascimento com vida para que seja obtido, reconhecendo-se certos direitos como a proteção da vida, da honra, da imagem, da integridade física e da privacidade como por exemplo.

Ora, um direito que tem tamanha força que para ser adquirido basta tão somente o nascimento com vida, na visão doutrinal demonstra esse direito além de

¹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 205.

¹¹ SILVA, Joseph de Plácido e. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3. p. 1.154.

¹² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: rideel, 1995. P.437.

¹³ ROGRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 81.

essencial ser o principal, pois é através dele que se faz possível o alcance de outros direitos e obrigações. Neste sentido, confirma Szaniawski¹⁴:

“Personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Os bens dos homens são protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo como pelo subjetivo, sendo sua natureza diversa. Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo denomina-se direitos da personalidade. ”

A existência do Enunciado 274¹⁵ confere a presença da correlação entre os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, como pode-se notar:

“274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. ”

Assim, sabe-se que os direitos da personalidade estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.”

Este princípio visa mostrar que somente por ser um humano, se faz necessária toda consideração, respeito e proteção. Com a atribuição de valores e direitos ao que se diz básicos muitas vezes, como diz Edilson Pereira de Farias¹⁷:

¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.

¹⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 274*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 30 set. 2016

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁷FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996. p. 47.

“O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.”

No tocante aos direitos e garantias fundamentais a Constituição Federal¹⁸ em seu art. 5º, se faz de fundamento ao Direito ao Esquecimento visto que a própria Carta Magna busca garantir a proteção da privacidade dos indivíduos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifo meu)

O inciso décimo do artigo em questão trata não só da vida privada como também da intimidade. O direito a intimidade, um dos direitos da personalidade, busca resguardar a pessoa da interferência alheia na sua vida privada.

Deve ser esclarecido que em que pese parecer sinônimos as expressões direito à intimidade e direito à privacidade, não se confundem, sendo coisas distintas sendo vida privada ou privacidade tratado de uma forma mais ampla, como reconhece Dotti¹⁹, apoiado em Herbarre e Urabeyen, distingue os conceitos intimidade, de vida privada, sendo o primeiro um conceito mais restrito do que vida privada, consistindo a intimidade num sentimento que nasce do fundo do ser humano, sendo sua natureza essencialmente espiritual, enquanto que o de vida privada, mais amplo, se estenderia a outras manifestações não tão espirituais.

O conceito de Vida privada vai além de adentrar a casa ou assuntos pessoais, de acordo com DOTTI²⁰:

“[...] a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados”.

¹⁸BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁹ SZANIAWSKI. Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: RT 2005, p 301-02.

²⁰ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 34.

Dentre os direitos da personalidade, o relativo ao direito à privacidade tem evolução bem mais recente. Em 1890 surgiu um artigo inglês da revista jurídica de Harvard Law Review chamado *The right of privacy*. O artigo foi escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis que eram advogados, motivados pelo grande destaque que os jornais de Boston davam à vida social da esposa de Samuel, e o texto trazia um novo direito o *right to be let alone*, o direito de ser deixado só. Inicialmente este direito era caracterizado pela proteção à vida familiar, íntima e pessoal de cada ser humano, em sua essência, se versava sobre um direito à intimidade. Hoje o direito a privacidade abrange não apenas a proteção da vida íntima do indivíduo, mas também de seus dados.

O Direito ao esquecimento segundo Dotti e Aieta é derivado do direito à intimidade. A princípio era recorrido de forma corriqueira pelas pessoas que possuíam vida pública. Após a chegada do cinema, da televisão e da internet as informações correm de maneira muito rápida, quase que instantaneamente e os artistas, e até políticos são venerados ou odiados. Tudo pode mudar no mundo virtual, com apenas uma postagem, e uma pessoa prudente pode em minutos ser taxada como o contrário.

A questão é que a vida privada de pessoas públicas acaba se tornando num palco para os oportunistas e fofoqueiros. No entanto, esta é uma realidade não só de pessoas famosas, mas de pessoas físicas do contexto comum também.

Os dados compartilhados na rede ficam disponíveis por tempo indeterminado, e a facilidade com que fatos pretéritos vem à tona em face de fatos atuais é um problema, pois afinal as pessoas têm o direito de lembrar fatos antigos, ou até mesmo de saber, mas tem que se evitar que uma pessoa seja perseguida eternamente por um passado ou fato passado²¹.

Uma hipótese exemplificada por Schreiber é a de uma atriz que no começo da sua carreira permitia a veiculação de sua imagem nua ou ainda de algum filme ou cena pornográfica em que tenha participado. Digamos que após anos esta mesma atriz tenha virado uma apresentadora de programas infantis, ora, é notório que esta pessoa poderá sofrer danos caso tais imagens ou vídeos sejam veiculados. É

²¹ SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*. 2. ed, São Paulo: Atlas, 2013 p. 170

nítido que a pessoa caminhou ao decorrer dos anos num caminho diverso do pretérito e que esta pode não querer, o que acontece na maioria dos casos, que esse passado seja revivido. Mostrando que nem todas as pegadas da vida devem o seguir, é disso que se trata o direito ao esquecimento.

No que diz respeito a vida privada de cada indivíduo, isto é, a sua dignidade é protegida então por direito, seu passado e suas escolhas uma vez que estas não interferiram no direito de outrem. E, ao evidenciar fatos passados e adormecidos pelo tempo, se fere a dignidade da pessoa humana. Ter a vida exposta, pode na maioria dos casos trazer sofrimento àquele que busca deixar esquecido aquele passado, baseado na proteção que se há de sua vida íntima e privada.

Visto a explicação acima, nota-se que em tese, as pessoas têm o direito de resguardar e administrar suas informações pessoais com base nos direitos fundamentais da personalidade, garantido constitucionalmente. Sabemos então qual o fundamento para o direito ao esquecimento, mas então qual é o fundamento para trazer à tona tais informações?

No sentido deste questionamento, aponta Schreiber²²:

“O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito de esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento.

Findo a respeito da utilização das informações, insta salientar que para que exista o esquecimento, é necessário se lembrar primeiro. A chamada memória coletiva ou social denota que antigamente as sociedades buscavam sua identidade ao encontrar seu passado, e se orgulhavam ao mostrar tradição, estes lutavam pelo direito à memória para assim resguardar a tradição ou a memória, bem como ideias que foram tidas por seus familiares honrando assim o nome de família.²³

Hannah Arendt em um de seus textos trata de esclarecer que sem essa “tradição”, essa memória, não se pode dar continuidade à identidade, um “legado ao

²² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed, São Paulo: Atlas, 2013 p. 171-172.

²³ PAZ, José Evandro Martins. *Fundamentos Jurídicos do Direito ao Esquecimento*. Porto Alegre: UFRS, 2014.

futuro”. Isto porque, para ela, a memória é um modo de pensar que ainda que seja um dos mais importantes, fica neutralizado diante da falta de uma referência, não se consegue reter algo desconexo, com exceção de algumas raras ocasiões.²⁴

A possibilidade de ter acesso à certas informações fazem com que pessoas não cometam ou repitam os mesmos erros e isso é importante para o processo histórico da sociedade.²⁵ O livro *Direito à memória e à verdade*, discorre sobre o que é o direito à memória, explicitando que este é um direito que a sociedade tem de requerer esclarecimentos sobre determinados fatos, principalmente cobrar acerca de violações dos direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988²⁶.

Salienta-se que o Direito ao Esquecimento não confere a ninguém o direito de apagar fatos, mudar a sua própria história ou inventar fatos.

Todos têm o direito de controlar o uso dos seus dados pessoais, então teriam também o direito de impedir que dados preteridos sejam revividos na atualidade. Hoje, deve-se buscar no caso concreto ver o quanto um fato ou informação passada é relevante para a vida em sociedade, ou para a realidade atual.²⁷

Um exemplo da aplicação no caso concreto é a do seguinte acórdão:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Reportagens publicadas em jornal envolvendo ex-traficante de drogas em lavagem de dinheiro, com fotos batidas seus anos antes, após o mesmo encontrar-se completamente recuperado, convertido a religião evangélica, da qual se tornou pastor, casado, com filhos, dando bons exemplos à sociedade. É livre a liberdade de manifestação da expressão e de informação jornalística, direitos que devem ser exercidos com responsabilidade, sem preocupação de fazer sensacionalismo...”²⁸

²⁴ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Entre-e-passado-e-futuro.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2017.

²⁵ PADRÓS, Enrique Serra, Professor da UFRGS, Professor de letras. *Uso da Memória e do esquecimento na História*. p.3. *Revistas letras*, nº 22 – Literatura e autoritarismo.

²⁶ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória*: Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/a_pdf/livro_memoria1_direito_verdade.pdf. Acesso em: 06 abr. 2017.

²⁷ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na Sociedade de Informação*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, 2007.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível AC nº 2002.001.07149*. Delator: Carlos Coelho Lavigne de Lemos. Apelante: Editora o dia AS. Apelado: Luiz Carlos Pereira Leite. RJ, 11 de abril de 2002. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200200107149>. Acesso em: 5 out. 2016.

Muito embora o fato tenha acontecido, o rapaz encontrava-se em circunstância diversa da descrita como atual e este é o tipo de situação que o Direito ao Esquecimento busca evitar.

Isto posto, salienta-se e conclui-se que os direitos da personalidade que são diretamente e especificamente afetados pelo Direito ao esquecimento são: O direito à privacidade, direito à intimidade e dignidade da pessoa humana. Isto porque o direito à privacidade ao ser reconhecido, concorda-se com a necessidade de uma proteção da esfera privada, isto é, em *stricto sensu* garantir que as pessoas possam excluir do conhecimento de terceiros, de alguma forma, seus sentimentos, religiões, orientações, de uma forma geral, até apelidos e características. Esse direito também proíbe a divulgação de informação à terceiros sem autorização, ainda que este tenha obtido essas informações de forma lícita, ainda que tenha tido conhecimento advinda de uma amizade, de uma pessoa ou motivo familiar, ou até mesmo negociais.²⁹

Ainda de acordo com Roxana, o direito à intimidade trata de uma extensão do direito à privacidade. Embora tenham a mesma natureza jurídica, como explica Maria Helena Diniz, “ a intimidade é zona espiritual reservada de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos, constituindo um direito da personalidade, daí o interesse jurídico pelo respeito à esfera privada. ”³⁰ Isto nada mais é que, segundo a mesma, ainda resguardado, o direito à intimidade se encontra como espécie do direito à privacidade de modo que o primeiro encontra-se mais restrito que o outro. Sobre isso, Ferraz Júnior³¹ diz:

“A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis e pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. ”

Além dos direitos da personalidade da esfera privada, há também a existência de um direito à liberdade que é diretamente afetado pelo direito ao

²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 163.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7. p. 110.

³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 77-90, out./dez. 1992.

esquecimento, este é a dignidade da pessoa humana que como Jabur³² explica, trata-se apenas do respeito devido aos indivíduos, relacionados à sua existência e condição de vida, com dois extremos em que um se encontra a moral, a honra e a dignidade como reputação e consideração social e de outro como a autoestima com o sentimento interno próprio.

1.3 Direito Comparado

O chamado de “right to be forgotten”, isto é, direito ao esquecimento surgiu em 2007 a partir de uma reflexão dada por Viktor Mayer-Schönberger³³ onde ele se preocupou em trazer o questionamento se ao deletar determinada informação no mundo virtual, esta seria definitivamente excluída. A partir daí este direito passou a ter visibilidade na Europa, visto que eles tinham preocupação a respeito da proteção de dados, assim em 2009 em uma conferência da Comissão Europeia houve um debate sobre a proteção e o uso de dados pessoais.

Em 2012 surgiu a proposta por meio do Parlamento Europeu da codificação³⁴ deste direito, porém com duas condições, a primeira que não houvesse mais interesse por parte do indivíduo de que seus dados fossem processados, isto é, consentimento. O segundo era que o Controlador não tivesse mais uma razão legítima para mantê-lo.

Hoje o Direito ao esquecimento tem previsão legal na Europa, onde está listada uma série de motivos que trazem esta possibilidade:

- i) Os dados devem ser desnecessários em relação a finalidade que motivou o seu tratamento;
- ii) Se o consentimento do titular tiver sido retirado ou expirado e não pode haver um fundamento jurídico para a utilização dos dados;

³² JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito a vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000. p. 202.

³³ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University, 2009. P. 7.

³⁴ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Direito ao esquecimento*: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=>>>. Acesso em: 5 out. 2016

- iii) Se o titular dos dados se opor a utilização dos mesmos;
- iv) Se a utilização de tais dados desrespeita o regulamento.

Nos Estados Unidos a oposição é grande, com grandes críticas como a contradição entre o direito ao esquecimento e o direito de liberdade de expressão, ou ainda que este direito constitui censura o que quebraria uma proteção constitucional. Assim só se pode excluir informações postadas pelo próprio titular.

1.3.1 Casos

Em 1998, no jornal espanhol LA VANGUARDIA, houve uma notícia acerca da propriedade de um advogado que seria leiloada pelo não pagamento de seus débitos, Mario Costeja Gonzalez acabou pagando seus débitos, mas, a notícia estava presente a cada vez que seu nome fosse pesquisado no Google. Então, Mario promoveu uma ação contra o jornal na agencia de proteção de dados, e contra o Google Spain e o Google Inc.

A Agência de proteção de dados indeferiu o pedido contra o jornal, no entanto, aceitou com relação ao Google Spain e ao Google Inc. Mario alegou ter tido seu direito à privacidade invadido, uma vez que a dívida acerca de sua casa teve grande repercussão. Ainda após resolvido seu problema, o que tornou o fato irrelevante, a notícia ainda assim era aparente. Mario fez dois pedidos, um para que o jornal removesse ou alterasse as páginas em questão para que então não aparecessem mais relacionadas ao Mario, e o segundo para que o Google Spain ou o Google Inc. deletassem sua informação pessoal para que não mais aparecesse ao pesquisarem seu nome. A Corte Europeia de Justiça decidiu que o jornal poderia manter a decisão, mas que o Google estaria proibido de linkar esses dados ao nome do autor da ação.³⁵

³⁵ ESPANHA. CURIA. Tribunal de Justiça. Google Spain S e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja Goanzález. Caso C-131/12, Espanha, 13 de maio de 2014. Disponível em:><http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>
http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1727&context=student_scholarship<. Acesso em: 6 de out de 2016.

No Brasil já houve algumas manifestações a respeito do tema, mas nada ainda que tenha sido normatizado. Em 2013 foi a primeira vez que o tema foi discutido e o aceito no tribunal.

Houveram dois Recursos Especiais sendo um contra reportagens da Globo e um deles foi por um dos acusados, posteriormente absolvido, pela chama Chacina da Candelária. Denominação adquirida pelo fato de a chacina ter acontecido em frente a Igreja de Candelária onde haviam vários jovens desabrigados dormindo nas ruas e oito jovens, sendo seis menores de idade, foram assassinados por policiais militares.

O segundo foi pela família de Aída Curi, jovem que perdeu seus pais ainda criança, à época do crime já era estudante e trabalhadora, Aída tinha 18 anos quando, em 1958, foi levada a força por três homens ao topo de um Edifício, sendo um dos réus o porteiro do edifício que fica localizado no Rio de Janeiro e a abusaram.

Segundo a perícia, Aída foi torturada e lutou intensamente por cerca de 30 minutos, até desmaiar. Para garantir a impunidade, encobrendo o acontecido, os três homens a atiraram do décimo segundo andar a fim de simular um suicídio. Aída faleceu em função da queda, dos acusados, um foi inocentado pelo crime de homicídio, mas condenado pelo atentado violento ao pudor, no entanto, desapareceu. Outro que diante das mesmas acusações teve mesma condenação, com pena de oito anos e nome meses. Um dos três acusados era na época do crime menor de idade e foi condenado pelo crime de homicídio, encaminhado ao Sistema de Assistência ao Menor e conseguiu ser reinserido em sociedade saindo de lá direito para o serviço militar.

Este caso em específico nos remete a um conceito dado por GRECO³⁶:

“Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados, ou se voltarem a ser divulgados, lembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se, nesses casos, no chamado direito ao esquecimento.”

³⁶ GRECO, Rogério. *Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade*: em Temas Atuais do Ministério Público. 4. ed. Salvador: Jus Podvm, 2013, p. 761.

Como pode-se notar, o fato aconteceu há muitas décadas atrás, mas foi tratado sobre ele na Linha Direta em 2004³⁷ e a família da jovem não veem uma explicação plausível e nem mesmo razoável para trazer esta história à tona, ainda mais por esta nem fazer mais parte do conhecimento comum da população.

³⁷ GLOBO. *Linha Direta*. 2004. Disponível em:< <http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>>. Acesso em: 06 out. 2016.

2 AUTONOMIA E TUTELA NA DISPOSIÇÃO DO GÊNERO E SEXO

Mesmo sob a exegese dos direitos da personalidade, está inserido neste rol o direito ao próprio corpo. A princípio não havia o que se discutir, visto que o corpo era visto como uma dádiva, algo ligado a religião, e por isso deveria ser protegido. No entanto, isto mudou com o pensamento moderno que trouxe a expressão do direito ao próprio corpo.³⁸

2.1 Do direito ao próprio corpo

Assim, a necessidade de instituir garantias legais referentes ao corpo surgiu no último século, considerando que durante a ditadura militar o uso da tortura institucional foi defendido³⁹, e ainda considerando todas as atrocidades que ocorrera à época, como mencionado no capítulo anterior, além da tortura, a experimentação científica.

A disposição do corpo é algo delicado, e o Código Civil⁴⁰ em seu art.13 buscou trazer uma certa regulamentação, ainda que muito frágil e criticada, dizendo que é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, exceto se for exigência médica.

Resta assegurado então o direito à integridade física e mental contra intervenções alheias. Ocorre que a discussão vai além dessa proteção, uma vez que falar do corpo nos remete a questão da disposição do próprio corpo, isto é, envolve a disposição de órgãos para transplante, da modificação corporal, aborto, eutanásia, automutilação e a mudança de sexo.

Esta previsão legal se mostra falha à medida que deixa em aberto, no caso, permite as diminuições físicas temporárias. Além disso, toda e qualquer diminuição permanente da integridade física se não houver exigência médica, está vedada.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 171-172.

³⁹ GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.37

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 out. 2016.

Porém, não é o que se vê diante dos dias atuais. É comum ouvir dizer, principalmente dentre pessoas públicas do meio artístico, acerca de intervenções cirúrgicas meramente estéticas. Ainda que sejam permanentes, na maioria das vezes que sabemos é a rinoplastia, a bioplastia, bem como também em alguns casos silicones permanentes.

Muitos autores consideram o direito ao próprio corpo um direito indisponível, mas ao que se trata de doações, considera-se o poder de disposição sobre partes do corpo⁴¹. Tendo em vista que tem sido ampliada a autonomia jurídica individual. Pontes de Miranda, ao tratar de objeto de direito, disse que “o homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito; mas as partes corporais, uma vez separadas, pertencem, como coisa, àquele de quem foram tiradas.”⁴²

Como bem pontua Roxana⁴³, existe uma grande divergência doutrinária quando se trata da mudança de sexo e seu lugar no direito, há aqueles que configura o tema como direito ao corpo, outros como integridade física, outros como integridade psíquica e aqueles que tratam como integridade psicofísica, que é o caso do Szaniawski⁴⁴. Além disso, ela ainda aponta uma solução quanto a interpretação do artigo 13 do código Civil, acima mencionado, que esta deve se dar de forma a não marginalizar e discriminar ainda mais os transexuais, de modo que se admita que a cirurgia de mudança de sexo não importa na diminuição permanente do indivíduo, pelo contrário, esta nada mais é que uma adequação físico-psíquica.

2.2 Das mudanças e alterações corporais correlatas ao sexo e gênero

A mudança física que se busca abordar neste trabalho é referente à mudança de sexo e gênero, e ainda sobre a disposição sobre nosso próprio corpo. Assim sendo, ao analisar o artigo referido no tópico anterior, em face do tema em

⁴¹ WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 9. Ed. rev. Ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Atual. Por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1 e 2. p.40.

⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 188.

⁴⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: RT, 1998.

questão, pode-se perceber que se for pela expressão “exigência médica⁴⁵”, usada na norma brasileira, a mudança ou readaptação de sexo é permitida uma vez que para o Conselho Federal de Medicina tal intervenção cirúrgica é vista como um tratamento aos casos de transexualismo.

Como bem expõe o Anderson Schreiber⁴⁶:

“O resultado pode parecer progressista, já que se permite, ao menos nessas circunstâncias, a realização da cirurgia. A abordagem, contudo, é a mais retrógrada possível. A opção sexual vem tratada como doença. E o promissor debate jurídico e ético em torno da autonomia corporal fica reduzido a uma discussão supostamente técnica, em que elemento determinante passa a ser um atestado médico.”

A cirurgia de transgenitalização significa muito para o transexual que sofre com situações vexatórias de forma corriqueira. Tal procedimento é irreversível, tanto ao corpo quanto à mente e por isso é necessário que este tema seja debatido com muita cautela, uma vez que quando se está neste estágio, não há espaço para incertezas e arrependimentos. Para alguns, basta a realização de um tratamento hormonal para um conforto psicológico e comportamental.

A princípio, esta cirurgia era tratada como mutiladora uma vez que consiste na remoção de órgãos para substituí-los ou transforma-lo no órgão do sexo contrário. Hoje já se sabe que trata de uma adequação da genitália do transexual ao seu sexo psicológico. Este tema teve uma caminhada muito lenta visto que envolve questões fisiológicas, religiosa, médica e mental.

Baseado no princípio da autonomia da vontade, afinal, não resta dúvida de que essa cirurgia busca adequar o indivíduo e trazer a este a auto realização. O constitucionalista José Afonso, a confirmar isto, disse⁴⁷: “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. ”

A cirurgia é complexa, como dita acima, afeta mente e corpo e por essa razão o indivíduo que se submete a este procedimento deve ter acompanhamento de psicólogos e médicos antes e depois da cirurgia. É imprescindível que este já tenha

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 44

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233

atingido a maioria de 21 anos, não tenha distúrbios mentais, tenha o diagnóstico médico de transexualismo e tenha características físicas apropriadas para a cirurgia.⁴⁸

Salienta-se que este procedimento pode ser realizado tanto em hospitais públicos (pelo SUS, assegurada pelo art. 194. “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.) Quanto privados, se houver atividade voltada para pesquisa e provando o acompanhamento necessário de médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, assim sendo, não pode ser realizado em clínicas de beleza, muito menos em hospitais que não contam com a possibilidade do acompanhamento e tratamento.⁴⁹

José Francisco⁵⁰ trouxe uma excelente explicação acerca dos procedimentos, explicando:

(i) a mudança cirúrgica do sexo masculino para o feminino que consiste na amputação do pênis preservando a glândula, que ficará no lugar do clitóris de forma que não ocorra alteração na sensibilidade do local, e o feixe vâsculo-nervoso. A uretra é também amputada, mas é necessário que o seu segmento permaneça, no entanto, mais longo para que em caso de necrose ou infecção haverá tecido para um novo procedimento. Então, faz-se uma incisão no escroto para a retirada dos testículos e do funículo espermático, e esse tecido será usado para a construção da vagina. Efetua-se também uma incisão em cruz ou em “y” no períneo, e este espaço é dissecado e criado um pertuito que será a nova vagina, através de dilatadores de Hegar. Com eletrocautério é feita a ablação pilosa escrotal ficando com uma sutura impecável. Feito isso, é colocado um molde siliconado ou metálico, revestido de gaze,

⁴⁸DISTRITO FEDERAL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº1.652/2002*. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016. E DISTRITO FEDERAL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.482/97*. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁴⁹ LOPES, Bárbara Martins; VELOSO, Bruno Henning. Dignidade e respeito reciprocamente considerados: a mudança do nome por transexual na comunidade brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/6504/dignidade-e-respeito-reciprocamente-considerados/1>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁰ SILVEIRA, José Francisco Olios da. *O transexualismo na justiça*. Porto Alegre: Síntese, 1995. p.138.

no orifício para prevenir o colamento da cavidade. No pós-operatório, com artefato siliconado, se dilatará a neovagina até que se estabilize.

(ii) e a mudança do feminino para o masculino, mais delicada, feita em 3 tempos cirúrgicos. No primeiro, o paciente faz uma cirurgia de laparotomia, onde após uma anestesia geral e o bloqueio pelidural, retira-se os ovários, o útero e anexos. Após cerca de 30 (trinta) dias, período para sua recuperação, é feito o segundo tempo cirúrgico, que consiste na remoção da vagina e utilização da parede anterior (mucosa vaginal) para a reconstrução da uretra e a parede posterior exteriorizada para fazer parte do escroto, que no caso de atrofia da mucosa vagina, o escroto é reconstituído com retalho do músculo Gracilis (coxa). O pênis é construído com enxerto de tecido retirado do antebraço, junto com uma artéria radial com tubularização dupla, para acolher a uretra distal e uma prótese peniana. Requer técnica microcirúrgica, no entanto, pode-se fazer a construção do falo usando retalho do abdome e esta técnica não requer microcirurgia, mas tem qualidade inferior. De outro lado, não resta qualquer cicatriz no antebraço. O terceiro tempo só ocorre caso tenha havido uma cicatrização perfeita dos tempos antecedentes, isto é, após cerca de 3 (três) meses. Esse tempo por sua vez consiste na introdução de uma prótese que é um tubo siliconado, com eixo composto de uma liga de prata maleável, através de uma incisão na base do neopênis. Essa prótese, através de um procedimento estético chamado de Dracon, é fixada no osso do púbis e tem rigidez para o coito, sendo também possível seu dobramento para baixo. Então, é introduzido os “testículos”, duas estruturas em formato oval, com silicone gel em seu interior. Após cerca de 90 (noventa) dias da colocação das próteses peniana e testicular, é possível a realização de atividade sexual, contudo, a sensibilidade só se reestabelece após cerca de um ano.⁵¹

Pode-se observar através da explicação acima o quanto esta cirurgia, principalmente a adequação do sexo feminino ao masculino, o quão complexa é a cirurgia e a recuperação. O que denota a razão do cuidado extremo existente ao tema, mas que uma vez operado, o transexual, com relação a sua situação anterior, tem o direito ao esquecimento.

⁵¹ SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *O transexualismo na justiça*. Porto Alegre: Síntese, 1995. p.138.

Tendo como base os direitos da personalidade já explanados aqui, observa-se que o indivíduo transexual pode dispor de forma livre do próprio corpo e buscar o equilíbrio tanto da sua situação biológica quanto psicológica o que garante além de seu bem-estar, o seu direito a saúde e demonstra que em meio à tantas divergências doutrinárias e jurídicas, o direito de cada indivíduo resta resguardado.

Entretanto, ousar dizer que a efetivação da mudança de sexo se dá com a alteração registro civil. Pois, seria uma contradição jurídica como bem apontou Schreiber⁵², uma vez autorizada a cirurgia não é fundamento coerente para negar o reconhecimento de seus efeitos em nome da imutabilidade do Código Civil.

Aponta ainda o autor que com relação à alteração do nome, a situação se enquadra na aplicação do artigo 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) que se o nome do indivíduo o expõe ao ridículo, a alteração do nome é autorizada. A alteração do nome, hoje, não é inerente, nem condicionada, a cirurgia da mudança de sexo ou de transgenitalização de acordo com o acórdão da Apelação Cível nº 0013986-23.2013.8.19.0208.

Não resta dúvida de que um nome referente a sexo incompatível com seu sexo anatômico gera constrangimento e situações vexatórias. Principalmente pelo motivo que levou à decisão da intervenção cirúrgica: o não enquadramento psicológico com o sexo biológico.

Por fim, resta salientar que este constrangimento é diário, uma vez que, infelizmente, a sociedade ainda é preconceituosa e inúmeros são os casos de violência, tanto física quando moral, contra homossexuais, transexuais e transgêneros.

Além disso, cumpre frisar que a cirurgia de adequação sexual é uma necessidade, esta não implica de fato na mudança de sexo/gênero, apenas ajusta a apresentação física do indivíduo à sua convicção sexual psíquica, o que o Szaniawski chama de “terapia cirúrgica de mudança de sexo”⁵³.

⁵² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 206

⁵³ SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. São Paulo: RT, 1998. p. 166.

2.3 Conceitos de Transexualidade e Transgeneridade

Diante de todo o recorrido, e a fim de mostrar conhecimento e interesse pela causa, e para tratar os indivíduos da forma em que se inserem na sociedade, devemos ter os conceitos de transexualidade e transgeneridade bem firmados.

Cardoso⁵⁴ em seu livro *o que é orientação sexual* demonstra que eventualmente o sexo genético é diferente do sexo genital o que está relacionado à imprecisão do sexo biológico, e esclarece ainda que a homossexualidade está ligada à orientação sexual.

De acordo com Cardoso “ prática sexual é o que as pessoas fazem no ato sexual, orientação sexual é o que excita as pessoas sexualmente em fantasia ou na prática e identidade sexual é como as pessoas se auto definem ou como são definidas pelos outros. ”

Insta salientar que o termo opção sexual não seria o mais adequado tendo em vista que não se trata de uma escolha, mas de uma condição, o que se confirma pela visão de Freud⁵⁵ ao dizer que crianças de dois anos podem não se recordar de experiências a não ser através de tratamento psicanalítico, e apenas de forma posterior ela decidirá suas simpatias e antipatias, um objeto amoroso e para isso não há uma base racional na maioria das vezes. Freud acredita que a vida sexual começa na infância e a sua sexualidade está no campo do inconsciente.

Á título de informação deve-se dizer de forma breve e sucinta que a emancipação/autonomia de gênero começou a ser trabalhada a partir da segunda onda do movimento feminista, quando o movimento tomou novas direções trazendo o destaque para igualdade não só políticas como trabalhistas, pedindo respeito não só as mulheres, mas entre todos os gêneros não só os sexos.⁵⁶

Adentrando diretamente ao tópico, destaca-se que há, de forma geral, o homossexual, o transexual, o transgênero, e o intersexual. E aqui falaremos apenas

⁵⁴ CARDOSO, Fernando Luiz. *O que é orientação sexual*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

⁵⁵ FREUD, S. Moisés e o monoteísmo (1939[1934-38]) *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v. 23.

⁵⁶ JUNIOR, José Nunes dos Santos; SOUZA, Sueli Ribeiro Mota. *O movimento feminista enquanto projeto de emancipação para o pastorado feminino*: Gênero e religião. Bahia: Universidade estadual da Bahia, 2012. Disponível em:

<<http://www.abhr.org.br/plura/ojs/index.php/anais/article/viewFile/519/351>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

do transexual e do transgênero. Primeiramente, devemos falar sobre o porquê da utilização da terminologia transexualidade e não transexualismo como já fora tratado.

A maioria dos estudiosos e doutrinadores do âmbito jurídico e da saúde, ainda tratam a transexualidade como patologia. O sufixo “ismo” é referente a enfermidades e patologias, mas essas pessoas não estão enfermas e por isso é importante tratar de usar a expressão correta. Tartuce⁵⁷, em seus livros usa o termo transexualismo, mas em 2014 fez constar que a partir dali utilizaria a terminologia transexualidade e deixou um artigo por escrito ao responder uma leitora, transexual, estudante de direito.

Uma vez esclarecido sobre a nomenclatura correta a ser usada, vamos falar acerca da transexualidade, que é referente a identidade e não uma doença, identidade essa que pode ser reconhecida pelo transexual desde a juventude ou mais tarde. Não existe exatamente uma causa, há teorias que dizem ser causa biológica, outras sociais e outras um pouco dos dois.⁵⁸

O transexual é uma pessoa que acredita pertencer ao sexo contrário à sua anatomia. Segundo Antônio Chaves⁵⁹, há dois tipos de transexuais, o primário e o secundário. Ambos se identificam ao sexo contrário do biológico, no entanto, o primário tem horror à sua genitália, e por isso faz de tudo para esconder, chegando até a atrofiar o órgão o que causa a falta de ereção e torna o órgão inútil (nos casos nascidos com a anatomia masculina), muitas vezes se automutilam e pode chegar ao suicídio. Eles procuram pessoas heterossexuais, visto que se veem do sexo oposto e por isso não se veem homossexuais, mas claro, há aqueles que adotam o gênero homossexual e esses sim procuram pessoas também homossexuais. Geralmente, têm essa visão desde a infância.

O secundário, apesar de também se ver perante a sociedade como o sexo oposto ao do nascimento, não tem horror a sua genitália, e por isso não tem total indicação para a cirurgia. É importante salientar que essa definição não é dada por

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/142578596/transexualidade-x-transexualismo>. Acesso em: 12 de nov. 2016

⁵⁸ JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. 2 ed. Brasília, 2012. p. 14

⁵⁹ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 144

todos os doutrinadores e muitas vezes somente é considerado transexual o indivíduo que se encontra na definição primária, inexistindo a segunda.

A cirurgia, como explicada no tópico anterior, é o tratamento buscado por essas pessoas, visto que apenas esse procedimento pode fazer com que o indivíduo sinta sua mente e seu corpo ligados, se sinta confortável e realizado trazendo tranquilidade e bem-estar.

Atualmente, não faz sentido trazer conceitos binários como explica a professora Edith Modesto⁶⁰, nem ao tratar de orientação sexual (homossexual e heterossexual) ou de gênero (feminino e masculino). A pessoa transgênero pode não se identificar como mulher ou homem.

O transexual secundário, talvez possa ser enquadrado como um transgênero. Visto que o gênero é referente à como a pessoa se identifica, e isso não depende da orientação sexual que a pessoa tem, isto é, não depende de que tipo de pessoa está sentindo atração.

De forma bem resumida e clara, novamente explica Jaqueline⁴²:

“Gênero é diferente de Orientação Sexual, podem se comunicar, mas um aspecto não necessariamente depende ou decorre do outro. Pessoas transgênero são como as cisgênero, podem ter qualquer orientação sexual: nem todo homem e mulher é “naturalmente” cisgênero e/ou heterossexual.”

A partir daí, podemos dizer que as pessoas que não se identificam com o gênero que lhe foi atribuído ao nascer, são denominadas não-cisgênero. Essas pessoas não têm problema com seu próprio corpo, apenas se veem perante a sociedade de forma diversa a que lhe foi atribuída no nascimento, uma pessoa nascida com sexo feminino, mas que vive e se identifica como homem, é um homem transgênero, assim como uma pessoa nascida com o sexo masculino, mas que vive e se identifica como mulher é uma mulher transgênero.

Estas pessoas não buscam cirurgia e não se encontram incompatíveis, apenas se vestem e se comportam como se do sexo oposto fosse ou ainda, apenas

⁶⁰ MODESTO, Edith. *Transgeneridade: um complexo desafio*. São Paulo: Via Atlântica, 2012. p. 56.

⁴² JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. 2 ed. Brasília, 2012. p. 14

de modo diverso ao do seu gênero de origem, visto que a transgeneridade é um termo geral onde não cabe apenas feminino e masculino.

A princípio, o primeiro desafio⁶¹ vivido por essas pessoas é o de se identificar, se posicionar e tomar decisões para que possam se impor de algum modo perante a sociedade através de comportamento e de aparência. O que se torna uma tarefa difícil de forma interna e depois, para familiares, amigos e também na vida profissional. É a chamada transição, que de acordo com a Associação de Jornalistas Lésbicas e Gays dos Estados Unidos são aquelas pessoas que estão em um processo de reflexão para mudanças de características físicas ou sexuais.

Por fim, gostaria de fazer um pequeno adendo ao motivo desse temor por parte dos transgêneros, transexuais e homossexuais. O preconceito e a discriminação que é bem latente na sociedade, principalmente nas grandes cidades, casos de violência, homofobia e transfobia é comum e corriqueiro. Os atos homofóbicos e transfóbicos são gerais, podendo ir de insultos a agressões, que são sempre praticadas por pessoas não homossexuais ou não transgêneros.

Essa discriminação e preconceito tiram as pessoas de sua sobriedade mental, negligenciando os direitos, o respeito e a dignidade das pessoas. O que submete as vítimas a traumas psíquicos e físicos, podendo gerar inclusive a morte, seja por suicídio devido à pressão e violência psicológica, ou ainda ocasionada por atos insanos de pessoas sem compaixão e respeito ao próximo, motivadas apenas pelo ódio e prazer na agressão e sofrimentos destes. A proteção dos direitos humanos e do respeito é devida a todos os sujeitos, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, e por isso deve ser garantida a todos. ⁶²

⁶¹ JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. 2. ed. Brasília, 2012. p. 20

⁶² JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. 2. ed. Brasília, 2012. p. 20

3 RELACIONAMENTOS AFETIVOS COM TRANSGÊNEROS E O TENSIONAMENTO JURÍDICO ENTRE O ESQUECIMENTO E A BOA-FÉ

Todas relações interpessoais são regidas com princípios, como acontece nas relações jurídicas, ocorre que nas relações sociais como as profissionais, familiares, cordiais e principalmente as afetivas, deve-se manter toda transparência, retidão e confiança, além de resguardar a autonomia entre os sujeitos. Para que de um modo geral essas relações sejam fortificadas e possam se manter saudáveis ao longo dos anos.

Salienta-se então a necessidade de conceituar princípio, ainda que de um modo geral, a começar pela descrição segundo o dicionário⁶³Aurélio que diz: [Do lat. *principiu*.] Um Substantivo masculino. Significa Causa primária, para a filosofia é: Origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento. Para a lógica é a proposição que lhe serve de base, ainda que de modo provisório, e cuja verdade não é questionada.

Mas, no mundo jurídico princípio é uma base, um fundamento que rege normas de modo que possa garantir a proteção e a limitação tanto das normas propriamente ditas quanto daqueles atingidos por elas. Godinho⁶⁴ conceitua da seguinte maneira:

“Princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.”

Assim, violar um princípio é ferir um sistema num todo e acaba por ser muito mais gravoso do que ferir uma norma, uma vez que a norma é regida por seus princípios. Desta forma é possível notar a ligação existente na violação, ou não, de um princípio nas relações interpessoais.

⁶³FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Positivo; Edição eletrônica, 2009.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.180.

Como dito, relações sociais também são regidas por princípios, em especial o Princípio da Boa-fé que segundo Menezes de Cordeiro⁶⁵ surge de forma frequente no espaço civil, “desde as fontes de Direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa-fé informa previsões normativas e nomina vectores importante na ordem privada. ” É preceituado pelo Código Civil vigente, em seu art.113 que diz “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. ”, e também em seu art. 422 que diz que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”⁶⁶.

Isto é, deve-se presar pela boa-fé em todo momento em que há uma relação, seja ela jurídica contratual ou não. O que significa agir de forma correta, íntegra e honesta. Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷ ao tratar do tema diz que a boa-fé tem aplicação em todos os ramos do Direito e que são invocáveis perante as condutas estatais em quaisquer de suas esferas: legislativa, administrativa ou jurisdicional.

A boa-fé no direito comparado é explicada por Vera Helena⁶⁸, que começa pelo direito francês, que a tem como um direito romano que tem por objetivo reforçar a obediência a palavra dada pela fidelidade e lealdade, permanecendo o princípio da *pacta sunt servanda* que nada mais é do que cumprir e respeitar os pactos feitos, assim sendo, o contrato se faz lei entre os contratante e deve ser respeitado e resguardada a boa-fé o que significa ter liberdade de contratar com limites impostos pelo princípio da boa-fé.

No direito alemão a boa-fé é vista como *Treud und Glauben* (fidelidade e confiança), segundo entendimento doutrinário⁶⁹, existem hipóteses que dão lugar

⁶⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Grandes Temas do Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 177

⁶⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 75-79

⁶⁹ MUSY, Alberto M. 2000 apud FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 77

para a aplicação da boa-fé que seria o dever de informar, de proteger e de executar de forma adequada, com a proibição do abuso do direito e da renúncia tácita.

No direito italiano, o referido princípio tem aplicação durante a fase pré-contratual, o que não ocorre no direito alemão. No entanto, neste direito à liberdade de contratar está acima do princípio da boa-fé, pois, o fundamento não é a intenção subjetiva, mas sim a expectativa razoável das partes.

No direito estadunidense este princípio é expressamente aceito na letra da lei, no seu sentido subjetivo, acerca da obrigação de boa-fé e de negociar lealmente na conclusão e na execução. O que não necessariamente significa que há margem para interpretação discricionária e subjetiva do juiz pois o texto traz a boa-fé com o significado de honestidade efetiva no comportamento ou negociação. Pois apesar de a sociedade concordar que benevolência e altruísmo são valores morais, o juiz não pode e não tem autoridade para exigir que todos atuem e honre estes determinados valores. Visando apenas proibir e prevenir qualquer comportamento oportunista que uma relação cooperativa possa ensejar.⁷⁰

A boa-fé pode estar vinculada à confiança, fé e crença, o que se chama de *fides*, ela se subdivide em duas categorias, a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Sobre a imposição do princípio da boa-fé e sua espécie objetiva, Cláudia Lima Marques⁷¹ diz:

“Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da boa-fé. Este princípio ou novo “mandamento” (Gebot) **obrigatório a todas as relações contratuais** na sociedade moderna, e **não só as relações de consumo**, será aqui denominado de Princípio da boa-fé Objetiva para destacar a sua interpretação e função. [...] Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, **respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas**

⁷⁰ Edward J, 2010 apud FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato*: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 79-80

⁷¹ MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 106.

razoáveis, seus direitos, **agindo com lealdade**, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. ” (grifo meu)

A boa-fé objetiva, é também chamada de concepção ética da boa-fé⁷², se encontra fundada em um princípio geral do direito, constituindo assim uma norma jurídica, segunda a qual todos devem se comportar de boa-fé nas relações recíprocas, sendo classificada como regra de conduta. Esta inclusa em grande parte do direito positivo de países ocidentais, transformando-se em cláusula geral de boa-fé objetiva, sendo, portanto, fonte de direito e de obrigações.

A boa-fé subjetiva é também chamada de concepção psicológica da boa-fé, essa diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos. É inerente à honestidade dentro da relação jurídica e “consiste num estado psicológico e não volitivo. ”, o qual inclusive pode tornar-se objetivamente antijurídico quando fundado na ignorância ou no erro.⁷³ O Código assimila a boa-fé e a má-fé a estado simples de ignorância ou de conhecimento, a boa-fé é ligada ao conhecimento sem culpa ou à ignorância desculpável, a má fé corresponde à consciência de certo prejuízo.⁷⁴

Diz-se subjetiva porque leva-se em consideração a intenção, o psicológico ou a íntima convicção do sujeito. Judith Martins Costa⁷⁵ diz que esta, denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito. Cíntia Regina Béo⁷⁶ traz o exemplo de um sujeito que recebe por herança um objeto dito de ouro, mesmo que não o fosse, estaria agindo de boa-fé caso vendesse como se de ouro fosse. Se descoberto pelo comprador o vício, o negócio poderia ser desfeito ou o preço, adaptado à realidade do valor do objeto, mas não viraria perdas e danos contra o vendedor, uma vez que este agira de boa-fé. Esta também encontra-se

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷³ VILLARREAL, Martha Lucía Neme, 2009 apud FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.83

⁷⁴ ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

⁷⁵ COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁷⁶ BÉO, Cíntia Regina. *Contratos*. São Paulo: Harbra, 2004.

positivada no Código Civil⁷⁷ em seu **artigo 1.201** que diz “Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção. ”

Como manifestação da boa-fé, pode-se citar o **princípio da confiança**. Afinal, a confiança exprime lealdade, transparência e cooperação que são valores que fundamentam o princípio da boa-fé. Isto quer dizer que as partes de uma determinada relação confiam nessa lealdade e proteção de seus direitos.⁷⁸ Fernando Noronha⁷⁹ esclarece:

“A lealdade e a cooperação são valores ético-jurídicos que fundamentam o princípio da boa-fé objetiva, trazendo em seu núcleo a confiança entre as partes contratantes, ou seja, o credor e o devedor por ocasião da avença confiam que cada parte terá acesso aos seus direitos, assim como cumprirá com as suas obrigações. ”

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro citam, em sua obra Eichler, acerca da relação do princípio da confiança com a boa-fé que diz:

“Eichler⁸⁰ aproxima a confiança da lealdade contratual, explicando que ela se realiza nesta, reconduzindo-se ao postulado da verdade; a própria relação obrigacional afirmar-se-ia, por esta via, como relação de confiança, sendo o todo colorido pela regra universal da boa-fé. Esta realidade conectar-se-ia, desde logo com os deveres pré-contratuais, devendo ser respeitadas as situações de confiança criadas nessa fase. A relação de confiança, assim derivada da boa-fé, fortalecer-se-ia em certos condicionalismos, ditados pela intensidade e pela duração do relacionar entre as partes. O estudo do uso comum da locução “boa-fé” permite afirmar as suas conexões com a ideia de confiança, sendo ainda certo que esta depende, em primeira linha, do relacionar pessoal entre as partes, no que se apresentaria como “elemento de confiança subjetivo” nas clausulas gerais. “

Assim pode-se concluir que o princípio da confiança não está apenas ligado às relações particulares, mas, se refere também às regras acordadas pela sociedade num todo, acreditando que todos, de forma individual, agiram conforme estas regras. Sendo assim, de acordo com essas condutas pré-estabelecidas, sabemos o que esperar um do outro e isso é dito como princípio da confiança.

⁷⁷ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

⁷⁸ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do Contrato*. Curitiba: Juruá, 2004.

⁷⁹ NORONHA, Fernando, 1994 apud FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do Contrato*. Curitiba: Juruá, 2004.

⁸⁰ EICHLER, 1950 apud ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

Diante toda a explanação acerca da boa-fé e o princípio da confiança, cabe fazer um pequeno adendo sobre a aplicação da boa-fé no âmbito do casamento putativo⁸¹. A boa-fé no casamento putativo é vista de modo diferente do habitual, o que quer dizer, esta é presumida e a nulidade cabe ante a sua ausência, isto quer dizer, a má fé. Bom, de fato no casamento anulável por coação, há boa-fé, mas não há a consciência do vício. Assim, o casamento putativo fica ao meio do caminho com relação a boa-fé objetiva.

Para Caio Mário⁸², casamento putativo é:

"é o eivado de vício que o inquina de nulidade, mas que produz os efeitos de válido, **em atenção à boa fé de ambos ou de um dos contraentes**. É aquele consórcio na realidade atingido de nulidade, mas que os dois cônjuges, ou um deles, acreditam válido ao contraí-lo".

No nosso Código Civil⁸³ atual, a caracterização do casamento putativo está nos seguintes artigos:

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.

⁸¹CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p.505

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

⁸³ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

Neste casamento, os cônjuges acreditam que estão casados legalmente, mas não é o que ocorre na realidade pois este matrimônio é nulo ou anulável. Isto porque o casamento aconteceu diante da ignorância de um ou de ambos os cônjuges acerca de um fato ou circunstância que torne a vida conjugal insuportável, ou ainda por determinação legal.

Maria Berenice⁸⁴ aduz em um de seus textos:

“Quando dos julgamentos, não é feita qualquer referência sobre a possibilidade ou não da ocorrência de casamento. Por evidente que não é difícil figurar a hipótese de alguém que, desconhecendo a condição de transexual de seu parceiro, tendo-o como pertencente ao sexo registral, venha com ele a contrair matrimônio. Por tal, merece questionar-se sobre a existência do casamento e sua higidez, bem como se o ato pode ser anulado sob o fundamento de haver ocorrido erro essencial sobre a pessoa ou mesmo fraude, inclusive porque, com a cirurgia de reversão, ocorre a esterilidade.”

Ao que se refere à vínculos afetivos, a boa-fé, fidelidade e lealdade a Maria Berenice Dias⁸⁵ faz uma completa e digna de destaque menção:

“Não é por outro motivo que a lei impõe o dever de fidelidade no casamento (CC 1.566, I) e o dever de lealdade na união estável (CC 1.724). Os deveres de fidelidade e de lealdade cristalizam tanto o princípio da boa-fé objetiva, como o da proibição de comportamento contraditório, que compõem a tutela da confiança. Nada mais do que a consagração do princípio *nemo potest venire contra factum proprio*, ou seja, a imposição de uma atuação refletida, um agir pensando no outro, uma postura de lealdade, sem abuso. Este conceito, ainda que construído no campo obrigacional, não é diferente das expectativas que permeiam os vínculos afetivos. [...] Ainda que no âmbito contratual se busque o adimplemento da vontade manifestada e, nas relações afetivas, a esperança esteja vinculada a sentimentos, nem por isso se pode afastar a tutela da lealdade e da confiança. Como as relações domésticas têm origem no comprometimento mútuo, de forma muito mais acentuada são baseadas no princípio da boa-fé. Afinal, o afeto é uma realidade digna de tutela, sendo pautado pela lealdade e confiança, diretrizes que devem reger as relações de quaisquer natureza.”

Isto apenas confirma a real necessidade da existência de princípios norteadores das relações jurídicas nas relações afetivas também. Mas os apontamentos feitos não significam que não possa haver casamento ou relações afetivas entre transgêneros e transexuais, apenas que esta deve estar eivada de transparência e honestidade para com a realidade vivida.

⁸⁴ DIAS. Maria Berenice. *Transexualidade e o direito de casar*. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_788\)1__transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_788)1__transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2017

⁸⁵ DIAS. Maria Berenice. *Os princípios da lealdade e da confiança na família*. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_564\)18__os_principios_da_lealdade_e_da_confianca_na_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_564)18__os_principios_da_lealdade_e_da_confianca_na_familia.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2017

Segundo Murilo Rezende, a cirurgia de mudança de sexo embora modifique as características da anatomia do sexo, não altera o código genético do indivíduo, que corresponde às características do sexo cromossômico. Não mudando a natureza, mas tão somente a forma de viver.⁸⁶

Por todo o exposto, resta demonstrado que o Direito ao esquecimento, abordado no decorrer do trabalho em epígrafe, se sujeita ao Princípio da Boa-fé, uma vez que não seria razoável deixar um passado existente, concreto e real de alguém, ainda que este não se sinta ou sentiu-se confortável com ele, completamente nulo frente a uma relação afetiva.

Razoabilidade pode se traduzir por bom-senso, e isto é algo que está ligado à convicção íntima de cada um, ou seja, não é obtida por requisitos objetivos, mas, sem dúvidas, há aspectos que ajudam na definição do que é razoável, quer dizer, aquilo que é sensato, justo e coerente. Assim, percebe-se que não é razoável, justo com seu parceiro não compartilhar seu passado, ainda que exista um direito de se resguardar destes fatos.

O TJDF, por meio do Apelação Cível nº. 20140710125954APC, que teve por relatora a Desembargadora Leila Arlanch, aponta exatamente no sentido da possibilidade de alteração de registro civil como proteção dos direitos dos transexuais, o que está indiretamente ligado ao direito ao esquecimento, ao prover tal recurso.⁸⁷

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL - AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE NOME E DE GÊNERO NO REGISTRO CIVIL - APELAÇÃO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO - IDENTIDADE DE GÊNERO - PROCESSO TRANSEXUALIZADOR - COMPLEXIDADE - MODIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO DE FEMININO PARA MASCULINO - TRANSGENITALIZAÇÃO - DESNECESSIDADE - EXPOSIÇÃO A SITUAÇÕES VEXATÓRIAS OU AO RIDÍCULO - VIOLAÇÃO DAS NORMAS DA LEI DE REGISTRO PÚBLICO - PROVIMENTO DO RECURSO.

1. A identidade de gênero é o estado psicológico que reflete a noção interna de uma pessoa de ser homem ou mulher, sentimento que geralmente se correlaciona ao sexo fisiológico e anatômico. Contudo, há casos em que, embora fisiologicamente a pessoa pertença a um gênero, ela se identifica com o gênero oposto. Essa condição impõe ao indivíduo um extremo desconforto com o próprio sexo e com o papel de gênero, o que pode levá-lo

⁸⁶ SALGADO, Murilo Rezende. O transexual e a cirurgia para a pretendida mudança de sexo. Revista dos Tribunais. v. 491, 1976. p. 244.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação cível. AC 20140710125954APC - (0012291-54.2014.8.07.0007 - Res. 65 CNJ) DF. Relator: Leila Arlanch. Brasília, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

a um estado de sofrimento profundo, especialmente quando considerado o sentimento de inadequação social que o acomete, de não pertencer ao contexto no qual é enquadrado, de diferenciações, às vezes injuriosas ou difamantes, advindas de práticas discriminatórias contra ele perpetradas desde a infância.

2. A análise do direito dos transexuais alterarem o nome e o gênero constantes do registro civil, ainda que não concluído o processo transexualizador, deve considerar que asexualidade de uma pessoa não se restringe às suas condições fisiológicas ou anatômicas. Ao contrário, refere-se a um conjunto de atributos que também leva em conta as características psicológicas que compõem o ser humano, porque a maneira como a pessoa se sente, com a qual se identifica, enquanto aspecto emocional, constitui fator integrante da generalidade sexual.

3. O processo transexualizador não se refere unicamente à alteração do órgão reprodutor, mas compõe um procedimento complexo que envolve desde um rigoroso diagnóstico médico à submissão à hormonioterapia (Portaria 457 do Ministério da Saúde e da Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina), razão pela qual a alteração do nome e do gênero da pessoa transexual não deve ser condicionada à realização da cirurgia de mudança de sexo, mas sim analisada a partir da observância do contexto global em que se encontra a parte interessada.

4. A pessoa transexual pode adotar nome que reflita a identidade de gênero com o qual se identifica ainda que não realizada a transgenitalização, haja vista a existência de justo motivo para a alteração (Lei 6.015/73, 55, parágrafo único, 57 e 58) bem como a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação (CR, 1º, III, e 3º, IV,). Fundamentação idêntica justifica a mudança do gênero de feminino para masculino no registro civil, porque a discrepância documental entre nome e gênero exporia a parte a situações vexatórias ou ridículas, circunstância que refoge ao espírito das normas contidas na Lei de Registros Públicos.

5. Recurso provido.

Já de forma bem direta, a Juíza Maria Ivatônia, por meio da Apelação Cível nº 20130110070648APC, reconhece de forma literal o direito ao esquecimento ao dar provimento à esta apelação conforme ementa⁸⁸:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MANIFESTAÇÃO OFENSIVA POR MEIO DE BLOG. PROVEDOR RESPONSÁVEL PELA HOSPEDAGEM DO BLOG. MATÉRIA JÁ RETIRADA DO AR. BUSCAS NA INTERNET. DIREITO AO ESQUECIMENTO.

1 - Comezinho que as provas produzidas direcionam-se ao juiz a fim de que este forme seu livre convencimento motivado, de modo que lhe assiste a faculdade de indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, após a análise do conjunto probatório coligido aos autos e a fim de propiciar a rápida solução do litígio (CF, artigos 125, II e 130 do CPC e art. 5º, LXXVIII da CF).

2 - Na hipótese, em razão de a questão de mérito versar sobre matéria eminentemente de direito, desnecessária a realização da prova pericial requerida, pois, diante da narrativa fática exposta, verifica-se que o acervo

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação cível. AC 20130110070648APC - (0002173-71.2013.8.07.0001 - Res. 65 CNJ) DF. Relator: Maria Ivatônia. Brasília, 19 nov. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

documental existente no bojo dos autos é suficiente para o deslinde da demanda.

3 A retirada da matéria ofensiva à honra já foi retirada de Blog, de modo que parte do comando da sentença já foi atendido, o que não justifica a fixação de astreintes para essa obrigação.

4 **Deve-se aplicar ao caso o "direito ao esquecimento" reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, mesmo que de forma parcial, para impedir que a consulta do nome do apelado associada a título de matéria ofensiva à sua honra dê resultados positivos.**

5 Recurso conhecido. Negado provimento ao Agravo Retido. Provida a apelação.

Nesse sentido, as jurisprudências, bem como alguns doutrinadores citados, demonstram a existência e o reconhecimento do direito ao esquecimento, assim como as consequências positivas e negativas deste, principalmente as oriundas da mudança de sexo ou gênero abordadas. Se reconhecida a autonomia individual acerca do direito ao próprio corpo caracterizando e ratificando direito de adequar o sexo físico ao sexo psíquico, mostra-se razoável que àqueles os quais os indivíduos pretendem ou tenham relações afetivas, sejam tratados com toda transparência e boa-fé.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de fundamentos constitucionais, isto é, resguardados pela Carta Magna que baseiam o direito ao esquecimento. Com o reconhecimento deste, muitos poderiam viver de forma coerente com seu presente estado físico ou social, sem que seja criada ou inventada uma nova vida.

Este direito está inserido no rol de direitos da personalidade que são aqueles que visam defender a integridade física, moral e intelectual. De uma forma um pouco mais específica, o direito ao esquecimento se encontra inserido em especial no direito à privacidade e/ou intimidade, e à dignidade da pessoa humana.

Uma pessoa pode apagar seu passado? Criar sua própria história? Enganar a todos? Perguntas como essas são as que surgem na cabeça das pessoas quando o tema é o direito ao esquecimento, mas este estudo busca esclarecer que este direito existe para resguardar cidadãos de situações vexatórias, que os expõe ao ridículo ou ainda que sua vida privada, decisões erradas, crimes cometidos e já pagos, ou ainda acusações sem fundamentos possam percutir e existir ao longo dos anos sem que caia no esquecimento do povo.

Neste trabalho, busca-se fazer uma ligação entre o direito ao esquecimento e pessoas com identidade de gênero diversa à do seu nascimento. Assim, atestando o direito na disposição do seu corpo, tendo este como um direito da personalidade, pode-se dizer ser legal realizar a cirurgia de transgenitação.

Atesta-se que de forma previa, o indivíduo necessariamente passa por uma terapia de cerca de dois anos, tratamentos com hormônios para só então concluir e optar pela realização da cirurgia. Ainda que o indivíduo não venha a realizar a cirurgia, mas em seu íntimo se encontra em situação de gênero diversa da que lhe foi imposta, este também tem resguardado o direito de se portar como se encontra em seu íntimo.

Ou seja, aquelas pessoas que são denominadas transgênero ou transexuais, tem o direito de ter um nome social, e sua documentação com este nome para evitar certos constrangimentos. Bem como, poder ser reconhecido de tal forma, de modo que o seu passado possa ser ficado para traz de fato, e saber dele, cabe ao indivíduo escolher quem deverá saber.

No último capítulo há a contraposição entre o direito ao esquecimento e o princípio da boa-fé. Trazendo primeiramente um conceito de princípio, e também de boa-fé, suas espécies e manifestações. Isso porque, não seria razoável que as pessoas as quais estão se relacionando de forma afetiva, sejam enganadas ou sofram com a omissão de outrem acerca de algo que diz respeito a esta relação.

Nas relações interpessoais, busca-se zelar pela boa-fé, retidão, transparência e honestidade. Se estes elementos não são encontrados numa relação afetiva, ficaria difícil a mesma perdurar ao longo do tempo e desenvolver uma confiança, visto que está baseada numa falsa verdade.

Chegando assim na conclusão de que diante da existência e do reconhecimento do direito ao esquecimento, se houver um confronto entre este direito e o princípio da boa-fé, o segundo venceria. Uma vez que a violação de um princípio, em tese, é a violação de uma norma. O princípio não é só um meio para se embasar, mas sim o bom senso, a proporcionalidade, a razoabilidade e a coerência que deve estar presente no direito.

Se determinado ramo do direito não buscar ter estas características citadas, fica difícil ter a garantia não só da existência de algo positivo, mas de uma segurança jurídica. Afinal, em que poderia ser garantido determinado direito, sem parâmetros e limites de fiscalização e proteção a todos.

Diante de uma relação, seja ela qual for, é necessário que as partes sejam íntegras e retas em suas ações. Isto quer dizer que devem seguir princípios a fim de preservar e manter saudável e correta a relação. Não se pode simplesmente anular um passado existente, parte de uma história, de uma vida.

Mas, pode aceitar quem se é. Aceitar seu passado de modo que este não atinja tanto o futuro. Pode evitar situações vexatórias. Pode viver uma vida comum em meio à sociedade. Pode não sentir-se deslocado em sua própria vida. Pode se resguardar de um direito para garantir a proteção da sua vida íntima e privada. Pode ser uma pessoa munida de boa-fé. Pode pensar no outro e agir com total transparência, contando a sua história para o seu parceiro ou parceira.

Enfim, espero que este trabalho seja esclarecedor, de modo a sanar quaisquer, ou boa parte das dúvidas existentes sobre o tema. Que este ajude pessoas

que necessitam ou ainda aquelas que buscam apenas conhecimento, a fim de fazer uma diferença ainda que pequena na vida das pessoas.

Ante todo o exposto, conclui-se que direitos e normas se sujeitam a princípios jurídicos, uma vez que estes visam proteger, limitar e garantir que essas normas e/ou direitos estejam de acordo com as diretrizes manifestas pelos princípios existentes.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Entre-e-passado-e-futuro.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2017.
- BELTRÃO. Silvio Romero. *Direitos da personalidade à intimidade*. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>. Acesso em: 30 set. 2016.
- BELTRÃO. Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BÉO, Cíntia Regina. *Contratos*. São Paulo: Harbra, 2004.
- BERTONCELLO, Franciellen. *Direitos da Personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada*. 2006. Dissertação (mestrado) - Maringá, CESUMAR, 2006.
- BITTENCOURT, Illa Barbosa. VEIGA, Ricardo Macellaro. Direito ao esquecimento. *Revista Direito Mackenzie*. V.8, n.2, p. 45-58, São Paulo, 2014.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 274*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 30 set. 2016.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 29 set. 2016.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 576*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em: 29 set. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 set. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 out 2016.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/a_pdf/livro_memoria1_direito_verdade.pdf. Acesso em: 06 abr. 2017.
- CARDOSO, Fernando Luiz. *O que é orientação sexual*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Os princípios da lealdade e da confiança na família*. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_564\)18__os_principios_da_lealdade_e_da_confianca_na_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_564)18__os_principios_da_lealdade_e_da_confianca_na_familia.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Transexualidade e o direito de casar*. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_788\)1__transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_788)1__transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº1.652/2002*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.482/97*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação cível AC 20140710125954APC - (0012291-54.2014.8.07.0007 - Res. 65 CNJ) DF*. Relator: Leila Arlanch. Brasília, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação cível AC 20130110070648APC - (0002173-71.2013.8.07.0001 - Res. 65 CNJ) DF*. Relator: Maria Ivatônia. Brasília, 19 nov. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ESPANHA. CURIA. Tribunal de Justiça. Google Spain S e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja Goanzález. Caso C-131/12, Espanha, 13 maio. 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>

http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1727&context=student_scholarship>. Acesso em: 6 out. 2016.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 77-90, out./dez. 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Positivo; Edição eletrônica, 2009.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do Contrato*. Curitiba: Juruá, 2004.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FREUD, S. Moisés e o monoteísmo (1939[1934-38]) *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v. 23.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GAUTHIER, Jorge. *Número de mortes de LGBTs bate recorde em 2016 no Brasil*. 2017. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/blogs/mesalte/numero-de-mortes-de-lgbts-bate-recorde-em-2016-bahia-teve-32-homicidios/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

GLOBO. Linha Direta. 2004. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>> Acesso em: 06 out. 2016.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade: em Temas Atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: Jus Podvm, 2013.

GROFF, Paulo Vargas de. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 178, p. 105-129, 2008. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 29 set. 2016.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: rideel, 1995.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito a vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. 2. ed. Brasília, 2012.

JUNIOR, José Nunes dos Santos; SOUZA, Sueli Ribeiro Mota. *O movimento feminista enquanto projeto de emancipação para o pastorado feminino: Gênero e religião*. Bahia: Universidade estadual da Bahia, 2012. Disponível em: <<http://www.abhr.org.br/plura/ojs/index.php/anais/article/viewFile/519/351>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 out. 2016.

LOPES, Bárbara Martins; VELOSO, Bruno Henning. Dignidade e respeito reciprocamente considerados: a mudança do nome por transexual na comunidade brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6504/dignidade-e-respeito-reciprocamente-considerados/1>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Grandes Temas do Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MODESTO, Edith. *Transgeneridade: um complexo desafio*. São Paulo: Via Atlântica, 2012.

PADRÓS, Enrique Serra, Professor da UFRGS, Professor de letras. *Uso da Memória e do esquecimento na História*. p.3. *Revistas letras*, nº 22 – Literatura e autoritarismo.

PAIVA, Bruno Cesar Ribeiro de. *O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação*. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.13, n.22, p.273-286, jan./jun. 2014.

PAZ, José Evandro Martins. *Fundamentos Jurídicos do Direito ao Esquecimento*. Porto Alegre: UFRS, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Vanessa da Silva. *O direito ao esquecimento à luz da Constituição Federal de 1988*. Paraná: Univesidade Tuiuti, 2015. Disponível em: <file:///D:/andamento%20mono/O-DIREITO-AO-ESQUECIMENTO-A-LUZ-DA-CONSTITUICAO-FEDERAL-DE-1988.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

PIRES, Mixilini Chemin; FREITAS, Riva sobrado de. *O direito à memória e o direito ao esquecimento: o tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana*. Chapecó: Unoesc International Legal Seminar, 2013.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Atual. Por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1 e 2.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação*. Fortaleza: ESMEC, 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível AC nº 2002.001.07149. Delator: Carlos Coelho Lavigne de Lemos. Apelante: Editora o dia AS. Apelado: Luiz Carlos Pereira Leite. RIO DE JANEIRO, 11 de abril de 2002. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200200107149>. Acesso em: out. 2016.

ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

ROGRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1.

SALGADO, Murilo Rezende. *O transexual e a cirurgia para a pretendida mudança de sexo*. Revista dos Tribunais. v. 491, 1976. p. 244.

SANTOS NETO, Antonio Tavares dos. *Direito ao Esquecimento: uma Exigência Contemporânea*. 2015. F. 47. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Joseph de Plácido e. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.

SILVEIRA, José Francisco Olios da. *O transexualismo na justiça*. Porto Alegre: Síntese, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: RT, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Disponível em:<
<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/142578596/transexualidade-x-transexualismo>>. Acesso em: 12 de nov. 2016.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito á privacidade na Sociedade de Informação*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, 2007.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 9. Ed. rev. Ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.